

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Notion de paiement et conséquences sur le plan probatoire

Jacquemin, Hervé

Published in:

Obligations : traité théorique et pratique

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2010, Notion de paiement et conséquences sur le plan probatoire. Dans *Obligations : traité théorique et pratique*. Kluwer, Bruxelles.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Chapitre 1^{er}

Notion de paiement et conséquences sur le plan probatoire

par HERVÉ JACQUEMIN¹

Plan

- Section 1^{re}. Définition
- Section 2. Nature juridique du paiement
- Section 3. Preuve du paiement
 - § 1^{er}. Charge de la preuve
 - § 2. Moyens de preuve
 - I. La quittance
 - II. Les autres écrits
 - III. La remise du titre
 - § 3. Sanction de l'inobservation des règles de preuve et moyens de défense

Bibliographie

- BUYLE, J.-P., «La preuve et le coût du paiement», *Les aspects juridiques du paiement*, *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 149-199.
- CATALA, N., *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967.
- DEKKERS, R., *Handboek Burgerlijk Recht*, t. III, 3^e éd. par A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, Anvers, Intersentia, 2007.
- GEERS, I., «Bewijs van betaling: de grenzen van artikel 1341 Burgerlijk Wetboek», note sous Cass., 6 déc. 2002, *R.A.B.G.*, 2004, pp. 720-722.
- MOUGENOT, D., «Paiement et commencement de preuve par écrit», note sous Anvers, 20 novembre 2006, *R.D.J.P.*, 2007, pp. 288-290.
- STIJNS, S., VAN GERVEN, D. et WERY, P., «Chronique de jurisprudence – Les obligations. Le régime général de l'obligation (1985-1995)», *J.T.*, 1999, pp. 821-853.
- VAN OMMESLAGHE, P., «Le paiement: rapport introductif», *Les aspects juridiques du paiement*, *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 9-59.

1. Docteur en droit. Maître de conférences aux F.U.N.D.P. (Centre de recherche informatique et droit – CRID).

Après avoir défini le «paiement» et indiqué dans quelle mesure il constitue un mode d'extinction des obligations (section 1^{re}), nous analysons sa nature juridique (section 2) et les conséquences qui en résultent, en particulier sur le plan probatoire (section 3).

SECTION 1^{re}. DÉFINITION

- 1.1 Le paiement peut être entendu comme «l'exécution volontaire, en nature, de l'obligation telle qu'elle est née initialement, quel[s] qu'en soi[en]t la source¹» ou l'objet. Cette définition permet de souligner plusieurs éléments caractéristiques du paiement.
- 1.2 Si le paiement est l'un des modes d'extinction des obligations, régi par le Code civil au même titre que la novation, la compensation ou la remise de dette (art. 1234 et s.)², il faut reconnaître qu'à la différence de celles-ci, il s'agit du *mode normal d'exécution* des obligations.
En exécutant volontairement l'obligation pour laquelle il s'était engagé, le débiteur donne satisfaction au créancier³. Il est par conséquent libéré de son obligation et éteint sa dette.
- 1.3 Dans le langage courant, le «paiement» est généralement compris comme le versement d'une somme d'argent. Au sens du Code civil, son acception est beaucoup plus large. Le paiement consiste en l'exécution d'une *obligation*.
L'*objet* de cette obligation n'est pas déterminant: il peut s'agir d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.
En outre, l'obligation peut avoir plusieurs origines: elle peut, par exemple, trouver sa *source* dans le contrat ou dans une faute délictuelle susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur.
- 1.4 Le paiement est l'exécution *en nature, de l'obligation telle qu'elle est née initialement*. Pour être valable, le paiement doit logiquement être opéré par référence à l'obligation qui en est la cause. Ainsi doit se comprendre l'article 1235, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui énonce que «tout paiement suppose une dette [...]».

1. P. VAN OMMEFLAGHE, «Le paiement : rapport introductif», *Les aspects juridiques du paiement*, *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 10-11, n° 4. Voir aussi H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 391, n° 394 («le paiement est l'exécution par le débiteur, telle qu'elle doit être, de l'obligation à laquelle il est soumis. C'est l'accomplissement de son obligation. Payer, c'est s'exécuter: c'est effectuer la prestation à laquelle on s'est obligé, quel que soit par ailleurs l'objet de cette prestation (donner, faire, ne pas faire)»); S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, «Chronique de jurisprudence – Les obligations. Le régime général de l'obligation (1985-1995)», *J.T.*, 1999, p. 835, n° 42.

2. Dans le Code civil, le paiement fait d'ailleurs l'objet de la section 1^{re} du chapitre V, intitulé «De l'extinction des obligations».

3. A ce sujet, voir la formule de N. Catala, qui considère que «le paiement est un mode d'extinction de l'obligation par son exécution» (*La nature juridique du payement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 329, n° 241).

- 1.5 Enfin, il convient de préciser que l'exécution doit être *volontaire*, pour distinguer le paiement de l'exécution forcée des obligations. Dans cette dernière hypothèse, on ne peut en effet exclure que, nonobstant les moyens mis en œuvre, l'obligation ne soit pas exécutée.

SECTION 2. NATURE JURIDIQUE DU PAIEMENT

- 2.1 La détermination de la nature juridique du paiement n'est pas anodine et emporte diverses conséquences. Suivant la position défendue, les règles applicables, en termes de preuve ou de capacité des parties notamment, peuvent en effet varier sensiblement.

Cette question fait l'objet de discussions en doctrine, spécialement en France. En Belgique, par contre, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour considérer qu'il s'agit d'un acte juridique unilatéral. Aussi préférons-nous faire l'économie de développements approfondis sur ce point, pour nous limiter à une présentation succincte des trois thèses généralement défendues.

- 2.2 Des auteurs français considèrent que le paiement est une convention; en d'autres termes, le créancier devrait donner son accord pour que le paiement soit valable¹.

Cette position est contestée, pour diverses raisons². Parmi celles-ci, on relève qu'il est injustifié d'exiger le consentement du créancier: ce faisant, on lui permettrait en effet de refuser son accord alors même que le paiement est exécuté conformément à l'obligation. En outre, un tiers peut, en principe, valablement s'acquitter de la dette sans l'accord du créancier.

- 2.3 Au début des années soixante, dans sa thèse consacrée à *la nature juridique du paiement*, Nicole Catala défend l'idée que le paiement est un fait juridique «parce que l'extinction de l'obligation est un effet de droit attaché par la loi à une situation de fait (la satisfaction du créancier)³». L'auteur souligne le caractère dual du paiement.

Il est d'abord l'*exécution* d'une obligation. L'objet de celle-ci peut varier, de même que sa qualification. A son estime, l'exécution d'une obligation de ne pas faire n'est pas un acte juridique, pas plus que l'obligation de faire (il s'agit d'un fait matériel, à l'exception de la délivrance, qualifiée de fait juridique). Seule

1. En France, considérant que le paiement est un acte juridique, plus précisément une convention, voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 5^e éd., Paris, Sirey, 2007, p. 77, n° 101; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1935, p. 275, n° 281. Voir aussi G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 558, n° 1511, qui estiment que l'opération se réalise «normalement par l'accord du créancier» mais ajoutent que celui-ci n'est pas indispensable et que «le débiteur peut [...] forcer le créancier à recevoir le paiement».

2. Sur cette thèse et les critiques dont elle peut faire l'objet, voir P. VAN OMMESELAGHE, «Le paiement: rapport introductif», *o.c.*, pp. 13-14, n° 6 et pp. 17 et s., n° 9; H. DE PAGE, *o.c.*, pp. 392-394, n° 396; N. CATALA, *o.c.*, pp. 159-200; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, *o.c.*, p. 835, n° 42.

3. N. CATALA, *o.c.*, pp. 238 et s., n°s 159 et s., et spéc. p. 241, n° 161.

l'obligation de donner est un acte juridique, compte tenu de son effet translatif de droit.

Le paiement est également un mode d'*extinction* de l'obligation. L'exécution de l'obligation, dont l'objet et la nature juridique peuvent varier, ne constitue qu'un instrument au service de l'extinction de la dette. La prestation «provoque cette extinction, mais parce que et pour autant qu'elle satisfait le créancier: car c'est à la satisfaction de celui-ci que la loi rattache la disparition de la dette. C'est parce que le créancier se trouve satisfait par la prestation accomplie que l'obligation disparaît. La volonté des parties, si elle intervient, ne joue qu'un rôle secondaire: ce n'est pas elle qui est la source de l'extinction de l'obligation»¹. Pour cette raison, N. Catala juge que le paiement n'est ni un acte juridique unilatéral, ni une convention.

Si sa thèse a été remarquée, il faut reconnaître qu'elle n'a pas conduit à une modification radicale de la position des auteurs. On peut en effet juger que la distinction proposée entre l'exécution et l'extinction est artificielle dans le chef du débiteur². En outre, le paiement est un acte volontaire: il manifeste la volonté du *solvens* de produire des effets juridiques, en l'occurrence éteindre une obligation en l'exécutant. Aussi répond-il à la définition de l'acte juridique et ne peut-il être considéré comme un fait juridique.

- 2.4 En Belgique, on enseigne traditionnellement que le paiement est un acte juridique unilatéral³.

SECTION 3. PREUVE DU PAIEMENT

- 3.1 En pratique, l'importance de la preuve n'est plus à démontrer: on l'exprime généralement par la référence à l'adage *idem est non esse aut non probari*. Schématiquement, trois questions doivent être résolues⁴. Il convient en effet d'identifier celle des parties sur laquelle repose la charge de la preuve (*qui doit prouver?* – *infra*, § 1^{er}), avant d'analyser les modes de preuve susceptibles d'être invoqués (*comment prouver?* – *infra*, § 2). Les conséquences de l'inobservation

1. *Ibid.*, p. 233, n° 246.

2. Pour une critique de la qualification du paiement en fait juridique, voir P. VAN OMESLAGHE, «Le paiement: rapport introductif», *o.c.*, pp. 13-14, n° 6 et pp. 19-21, n° 9.

3. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 393, n° 396; P. VAN OMESLAGHE, «Le paiement: rapport introductif», *o.c.*, pp. 16-17, n° 8 et pp. 17 et s., n° 9; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, *o.c.*, p. 835, n° 42; W. VAN GERVEN et S. COVERMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 373; R. STEENNOT, «Betaling», *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, f.m., 2003, n° 2; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, t. III, 3^e éd. par A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, Anvers, Intersentia, 2007, p. 312, n° 547. Voir aussi les réf. citées *infra*, n° 3.6, note 1.

4. Sur la preuve du paiement, voir H. DE PAGE, *o.c.*, pp. 483 et s., n°s 477 et s.; J.-P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *Les aspects juridiques du paiement*, *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 149 et s.; I. GEERS, «Bewijs van betaling: de grenzen van artikel 1341 Burgerlijk Wetboek», note sous Cass., 6 déc. 2002, *R.A.B.G.*, 2004, pp. 720-722; D. MOUGENOT, «Paiement et commencement de preuve par écrit», note sous Anvers, 20 nov. 2006, *R.D.J.P.*, 2007, pp. 288-290; R. DEKKERS, *o.c.*, pp. 329-332, n°s 580-586. Nous n'examinons pas la question de savoir si, en tant que tel, le paiement peut constituer un mode de preuve (pour une application, voir Anvers, 20 nov. 2006, *R.D.J.P.*, 2007, p. 287, note D. MOUGENOT, où la Cour décide qu'un paiement partiel peut être considéré comme un commencement de preuve par écrit).

des règles de preuve sera également abordée (*quelle est la sanction et quels sont les moyens de défense permettant d'y échapper?* – *infra*, § 3).

§ 1^{er}. Charge de la preuve

- 3.2 L'article 1315 du Code civil désigne la partie qui supporte le fardeau de la preuve¹ et, corrélativement, le risque de la preuve, avec les conséquences qui en résultent sur l'issue du litige.
- 3.3 En principe, il incombe au créancier de démontrer que l'obligation doit être exécutée (*actori incumbit probatio*, art. 1315, al. 1^{er}, C. civ.). Comme l'énonce l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, «réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation» (*reus in excipiendo fit actor*). Deux phases doivent ainsi être clairement distinguées. Si l'on prend l'exemple simple de la vente d'un produit quelconque, dont la livraison aurait déjà eu lieu, il incombe au vendeur de démontrer l'existence du contrat et, ainsi de prouver l'obligation de paiement du prix de son cocontractant (1^{re} phase). En cas de contestation, c'est par contre sur l'acheteur que repose la charge de démontrer, le cas échéant, que le prix a été payé et qu'il s'est acquitté de son obligation (2^e phase)².

Dans le cadre de cette contribution, il n'est pas utile d'aborder tous les aspects de la charge de la preuve et les controverses auxquelles ceux-ci peuvent donner lieu.

§ 2. Moyens de preuve

- 3.4 En général, en matière civile, la quittance permet d'établir la preuve du paiement (I). Nous verrons néanmoins que d'autres écrits peuvent être produits dans cette perspective (II). Enfin, l'hypothèse de la remise du titre est également analysée (III).

I. LA QUITTANCE

- 3.5 Après avoir présenté les règles générales applicables à la quittance, spécialement les cas d'espèce dans lesquels elle est requise et les conditions auxquelles elle est soumise (a), nous étudions l'hypothèse particulière de la quittance électronique (b).

1. Voir aussi l'art. 870 C. jud., en vertu duquel «chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue».

2. Pour une application des règles relatives à la charge de la preuve en matière de paiement, voir Cass., 26 nov. 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 396; Anvers, 19 nov. 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 1111.

A. Règles générales

- 3.6 De manière unanime, la doctrine et la jurisprudence belges considèrent que le paiement n'est pas un fait juridique mais un acte juridique et qu'il est par conséquent soumis, en matière civile, au prescrit de l'article 1341 du Code civil¹. Cette disposition exige un écrit pour prouver les actes juridiques d'une valeur supérieure à 375 EUR ou pour prouver contre ou outre un écrit.

Cet écrit est généralement qualifié de «quittance» ou de «reçu». Il peut s'agir d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique. L'*instrumentum* doit à tout le moins être revêtu de la signature du créancier². L'article 1328 du Code civil, qui énonce limitativement les hypothèses dans lesquelles les actes sous seing privé ont date certaine contre les tiers, ne doit toutefois pas être observé³. Par ailleurs, il est généralement admis que le débiteur est en droit d'exiger une quittance, à charge pour lui d'en supporter les frais (art. 1248 C. civ.)⁴.

- 3.7 Il convient de circonscrire précisément les hypothèses dans lesquelles l'article 1341 du Code civil doit être observé.

Tel n'est pas le cas en matière commerciale: la preuve est libre et tous les moyens de preuve sont recevables (art. 1341, al. 2, C. civ. et art. 25 C. comm.). Ce principe vaut assurément pour le paiement⁵.

Pour distinguer les cas d'espèce où la preuve peut être apportée par toute voie de droit et ceux dans lesquels le principe de la prééminence de l'écrit est d'application, il convient de se référer à la *nature* de l'acte accompli⁶, dans le chef de celui contre qui il faut prouver⁷. La *qualité* des cocontractants n'est pas déterminante: un commerçant peut en effet accomplir un acte de nature civile et certains actes de nature commerciale peuvent être exécutés par des non commerçants. Pour les actes mixtes (de nature commerciale dans le chef de

1. Civ. Hasselt, 7 oct. 1999, *R.W.*, 2002-2003, p. 548; Mons, 14 févr. 2000, *J.T.*, 2000, p. 468; Anvers, 9 janv. 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 399; Civ. Hasselt, 17 déc. 2001, *A.J.T.*, 2001-02, p. 872; Civ. Hasselt, 18 février 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 873; Cass., 6 déc. 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2349, *R.A.B.G.*, 2004, p. 717, note I. GEERS; Cass., 26 oct. 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 2163, *J.T.*, 2007, p. 51. Comp. J.P. Zelzate, 24 avril 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 762 où le juge décide que «même si une remise de fonds au comptant s'inscrit dans le cadre de l'exécution d'un acte juridique, cette remise est un fait matériel qui peut être prouvé par toute voie de droit». En doctrine, outre les réf. citées *supra*, n° 2.4, note 3, voir N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 136, n° 276; D. MOUGENOT, *La preuve*, *o.c.*, p. 111, n° 40; I. GEERS, «Bewijs van betaling: de grenzen van artikel 1341 Burgerlijk Wetboek», note sous Cass., 6 déc. 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 721, n° 2; D. MOUGENOT, «Paiement et commencement de preuve par écrit», note sous Anvers, 20 nov. 2006, *R.D.J.P.*, 2007, p. 289; R. DEKKERS, *o.c.*, p. 330, n° 581.
2. Anvers, 23 nov. 1988, *Rev. not. belge*, 1989, p. 526. Il a été jugé que la signature d'une facture, par le créancier, sans autre mention, valait preuve du paiement (Anvers, 19 nov. 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 1111).
3. J.-P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *o.c.*, pp. 157-158; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 486, n° 481.
4. Il est donc autorisé à surseoir au paiement, aussi longtemps que l'écrit n'a pas été établi. Voir J.-P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *o.c.*, pp. 156-157; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 485, n° 480.
5. En ce sens, J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, pp. 240-241, n° 1240; X. DIEUX, «La preuve en droit commercial belge», *R.D.C.*, 1986, p. 90. En jurisprudence, voir Mons, 14 févr. 2000, *J.T.*, 2000, p. 468.
6. On se référera à cet égard à la définition des actes de commerce, reprise à l'article 2 du Code de commerce.
7. O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, «Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve», *Droit de la preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 1997, p. 118; D. MOUGENOT, *La preuve*, *o.c.*, p. 124, n° 58; P. WERY, D. GOBERT et L. KERZMANN, «La preuve», *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 33, n° 440; Bruxelles, 28 oct. 1993, *J.T.*, 1994, p. 296 («la règle de la liberté des preuves est applicable quelle que soit la qualité des parties, s'agissant du paiement d'effets de commerce, dès lors que ceux-ci sont des instruments spécifiques au commerce»).

l'une des parties et de nature civile dans le chef de son cocontractant), les règles doivent être observées de manière distributive¹.

On note également que l'article 1341 du Code civil n'est ni impératif, ni d'ordre public et que les parties sont autorisées à y déroger conventionnellement²⁻³.

B. Cas particulier de la quittance électronique

- 3.8 Avec le développement croissant des technologies de l'information et de la communication, de nombreux rapports contractuels sont désormais noués par le biais des réseaux (à travers l'internet – le web ou le courrier électronique). Aussi se pose la question de savoir à quelles conditions une quittance pourrait être établie et transmise par voie électronique. Pour y répondre, il convient d'identifier les procédés susceptibles d'être mis en œuvre dans l'environnement numérique, de sorte que les formalités de l'écrit et de la signature soient respectées (sur le plan formel, le terme «quittance» désigne en effet l'*écrit* revêtu de la *signature* du créancier).
- 3.9 Sous l'impulsion du législateur européen⁴, le législateur belge est intervenu pour lever obstacles posés par l'accomplissement de certaines règles de forme

1. D. MOUGENOT, *La preuve*, o.c., pp. 124-125, n° 59; WERY, D. GOBERT et L. KERZMANN, «La preuve», o.c., pp. 35-36, n° 480-490. Sur l'application distributive, spéc. en matière de paiement, voir X. DIEUX, «La preuve en droit commercial belge», *R.D.C.*, 1986, pp. 92-93.

2. En doctrine, de manière générale, voir H. DE PAGE, o.c., pp. 747-748, n° 737; J. LIMPENS et R. KRUTHOF, «Examen de jurisprudence (1960-1963). Les Obligations», *R.C.J.B.*, 1964, p. 543, n° 148; P. VAN OMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations», *R.C.J.B.*, 1988, p. 156, n° 238; N. VERHEYDEN-JEANMART, o.c., pp. 148 et s., n° 303 et s.; O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, o.c., 1997, pp. 115 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve*, o.c., pp. 68-69, n° 10 et p. 118, n° 50; P. WERY, D. GOBERT et L. KERZMANN «La preuve», o.c., p. 21, n° 210. En jurisprudence, voir not. Cass., 1^{er} juil. 1926, *Pas.*, 1927, I, p. 37; Cass., 6 janv. 1927, *Pas.*, 1927, I, p. 119 (de manière générale, sur les règles de preuve); Cass., 26 avril 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 149; Cass., 30 janv. 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29; Cass., 21 sept. 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 8; Cass., 11 juin 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 700; Bruxelles, 6 févr. 1961, *Pas.*, 1962, II, p. 150; Cass., 27 juin 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1131; Cass., 15 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1118; Cass., 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 695; Cass., 24 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 651.

3. La validité des clauses dérogatoires doit néanmoins être appréciée à la lumière des dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'infraction et la protection des consommateurs, relatives aux clauses abusives (voir not. l'art. 32, 18°).

4. On songe à la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janv. 2000, pp. 12-20 (ci-après, directive sur les signatures électroniques) et à la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juil. 2000.

dans l'environnement numérique. Sur le plan méthodologique, il applique la théorie des équivalents fonctionnels¹.

- 3.10 En matière de signature, il convient de se fonder principalement sur l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification² (ci-après, la loi du 9 juillet 2001) et l'article 1322, alinéa 2, Code civil.

Conformément à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001, en présence d'une «signature électronique avancée³», «réalisée sur la base d'un certificat qualifié⁴» et «conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique⁵», le juge doit assimiler le procédé – on parle dans ce cas de *signature électronique qualifiée* – à une signature manuscrite⁶. Il ne dispose

1. Cette théorie part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement «papier» pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels dans l'environnement numérique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par voie électronique, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit apposé directement sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information, pour l'écrit, p. ex.). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel (le support papier pour l'écrit, p. ex.) et dans l'environnement numérique (un document au format pdf enregistré sur un CD-ROM pour l'écrit, p. ex.) sont alors jugés *équivalents* s'ils permettent de remplir les fonctions minimales reconnues à la formalité (l'écrit, en l'occurrence). Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence. On note que l'art. 16, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information énonce cette théorie. De manière générale, sur la théorie des équivalents fonctionnels, voir not. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, «Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales», *J.D.I.*, 2, 1997, pp. 380-382; I. DE LAMBERTERIE, «L'écrit dans la société de l'information», *Mélanges en l'honneur de D. Tallon. D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit*, Paris, Société de législation comparée, 1999, pp. 131 et s.; D. GOBERT et E. MONTERO, «L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique», *J.T.*, 2001, p. 124; ID., «La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle», *D.A./O.R.*, 2000/53, pp. 17-39; Y. FLOUR et A. GHOZI, «Les conventions sur la forme», *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 921-922, n° 26; M. DEMOULIN et E. MONTERO, «La conclusion des contrats par voie électronique», M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 716-717; L. GUINOTTE, «La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001», *J.T.*, 2002, pp. 554-555; E. MONTERO, «L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique «fonctionnaliste»?», *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 179 et s.

2. *M.B.*, 29 sept. 2001.

3. Celle-ci est définie à l'article 2, 2°, de la loi du 9 juil. 2001 comme «une donnée électronique, jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques, servant de méthode d'authentification et satisfaisant aux exigences suivantes:

- a) être liée uniquement au signataire;
- b) permettre l'identification du signataire;
- c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle;
- d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée».

4. Suivant l'art. 2, 4° de la loi du 9 juil. 2001, il faut «un certificat qui satisfait aux exigences de l'annexe I de la présente loi et qui est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe II de la présente loi».

5. Il s'agit du «dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature qui satisfait aux exigences de l'annexe III de la présente loi» (art. 2, 7°, de la loi du 9 juil. 2001).

6. Sur le régime établi par cette disposition, voir D. GOBERT et E. MONTERO, «L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique», *o.c.*, pp. 119-120; D. MOUGENOT, *La preuve, o.c.*, pp. 197 et s., n° 122-3; E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *D.A./O.R.*, 2002/61-62, pp. 25-26; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, «La preuve du contrat conclu par voie électronique», *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2001, pp. 118-121.

d'aucun pouvoir d'appréciation et doit se borner à vérifier si les conditions sont remplies (principe d'assimilation). Sur le plan probatoire, l'écrit muni d'une telle signature électronique peut dès lors être considéré comme un acte sous seing privé, recevable comme preuve en justice et qui fait pleine foi de son contenu (même force probante). Il demeure toutefois possible de mettre en œuvre une procédure en vérification d'écriture, sur la base des articles 1323 et suivants du Code civil (art. 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001)¹.

Si l'une des exigences posées par l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 pour que la signature électronique avancée soit assimilée de plein droit à une signature manuscrite fait défaut, la signature ne doit pas être forcément écartée². On peut s'en remettre à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Aux termes de cette disposition, «peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte». Les travaux préparatoires de la loi et les commentaires doctrinaux sont unanimes pour dire que la notion d'imputabilité couvre les fonctions traditionnellement reconnues à la signature manuscrite: l'identification du signataire et son adhésion au contenu de l'acte³. En matière probatoire, cela signifie qu'en cas de contestation⁴, la signature électronique est recevable (en vertu du principe de non-discrimination) et, si les conditions d'imputabilité et d'intégrité sont respectées, elle possède la même force probante qu'une signature manuscrite⁵. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation pour vérifier si ces conditions sont satisfaites en l'espèce⁶.

Concrètement, on peut se demander quel procédé peut être considéré comme une signature électronique qualifiée ou respecte les conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil⁷. Actuellement, c'est surtout la signature digitale, basée sur la cryptographie asymétrique, qui permet d'atteindre le plus adéquatement

1. La question est toutefois controversée. A ce propos, voir E. MONTERO, «Introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique «fonctionnaliste»?», *o.c.*, pp. 198 et s., n^{os} 13 et s.
2. En effet, aux termes de l'article 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001, «une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être refusée comme preuve en justice au seul motif: que la signature se présente sous forme électronique, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature» (principe de non-discrimination).
3. Voir le rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n^o 38/008, p. 30. En doctrine, voir E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *o.c.*, p. 16; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *o.c.*, p. 114; L. GUINOTTE, *o.c.*, p. 558.
4. Si la signature électronique n'est pas contestée, le juge doit lui reconnaître des effets juridiques identiques à ceux de la signature manuscrite.
5. E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *o.c.*, pp. 18-19; ID., «L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique «fonctionnaliste»?», *o.c.*, pp. 193-196, n^o 11. Comp. P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *o.c.*, p. 113.
6. Sur le pouvoir du juge concernant les conditions d'intégrité et d'imputabilité, voir E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *o.c.*, pp. 19-25; ID., «L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique «fonctionnaliste»?», *o.c.*, pp. 189 et s., n^{os} 9 et s.
7. Pour une description des différentes formes de signature électronique (combinaison d'une carte et d'un code secret, signatures biométriques, signatures digitales, etc.), voir D. GOBERT et E. MONTERO, «La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle», *o.c.*, pp. 19-21; D. MOUGENOT, *La preuve*, *o.c.*, pp. 169 et s., n^o 121.

les critères¹⁻². Dans ce mécanisme, il y a deux clés : une clé privée, connue uniquement de son titulaire et une clé publique, connue de tous. Les deux clés sont liées et la clé publique est une fonction irréversible de la clé privée. Cette technique permet de garantir l'identification du signataire, la confidentialité et l'intégrité du message. L'internet est un réseau ouvert, dans lequel les intervenants ne se connaissent généralement pas. Pour que chacun puisse avoir la certitude que telle clé publique appartient bien à la personne qui s'en prétend titulaire, l'intervention d'un tiers de confiance était nécessaire. C'est la raison pour laquelle l'activité des prestataires de service de certification est désormais visée par la loi³. En pratique, ladite signature électronique pourrait être supportée par la puce de la carte d'identité électronique. Pour signer, il suffirait d'insérer la carte dans un lecteur et d'introduire un mot de passe pour valider le processus de signature. On note qu'en égard aux conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, un juge pourrait être amené à accepter d'autres formes de signature électronique, exerçant ainsi le pouvoir d'appréciation que la loi lui octroie⁴.

- 3.11 S'agissant de l'écrit, on peut se fonder sur la clause transversale particulière établie à l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, LSSI)⁵. Aux termes de cette disposition, «l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission». Le destinataire de l'information doit pouvoir prendre connaissance de celle-ci, directement ou indirectement (fonction de lisibilité). Ensuite, le procédé doit préserver la pérennité de l'information. La loi exige que l'information ou les signes soient accessibles *pour être consultés ultérieurement*. A cette fin, ils doivent nécessairement résister au temps, pendant une période minimale. Enfin, à notre estime, l'écrit doit aussi préserver l'intégrité de l'information. Cette fonction signifie que l'écrit doit contribuer à empêcher, avec une efficacité plus ou moins grande, les modifications de l'information, par les parties ou des tiers. Plus précisément, ces modifications sont empêchées dans la mesure où, eu égard aux caracté-

1. En ce sens, voir not. les travaux préparatoires de l'art. 1322, al. 2, C. civ. (rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SÔMERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n° 38/008, p. 30); P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *o.c.*, p. 77; D. MOUGENOT, *La preuve, o.c.*, p. 197, n° 122-3.
 2. Sur ce mécanisme, voir D. MOUGENOT, *La preuve, o.c.*, p. 174, n° 121-2; L. GUINOTTE, *o.c.*, pp. 555-556; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *o.c.*, pp. 77-84; M. STORME, «De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetbepalingen», *R.W.*, 2000-2001, pp. 1515-1516.
 3. A ce sujet, voir D. GOBERT, «Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification: analyse de la loi du 9 juillet 2001», *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, pp. 83-172.
 4. Enumérant des procédés *a priori* concernés par l'art. 1322, al. 2, C. civ., voir E. MONTERO, «Introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ?», *o.c.*, pp. 196-197, n° 12; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *o.c.*, pp. 117-118.
 5. *M.B.*, 17 mars 2003.

ristiques de l'écrit, elles pourront être détectées; les parties ou les tiers sont ainsi dissuadés de les commettre¹.

Dans l'environnement numérique, la liste de procédés susceptibles d'être qualifiés d'écrits est assez longue. Comme le précise l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, dès lors que le procédé préserve les fonctions de l'écrit, peu importe le support ou le mode de transmission de l'information. On peut songer à un document au format Word ou pdf, reprenant le texte d'une quittance et enregistré sur le disque dur d'un ordinateur, sur un CD-Rom ou une clé USB². Un courrier électronique, enregistré dans la messagerie du destinataire et, le cas échéant, de l'expéditeur, pourrait également être vu comme un écrit.

II. LES AUTRES ÉCRITS

- 3.12 Des écrits spécifiques, régis par les dispositions du Code civil, peuvent également être admis comme preuve d'un paiement, tout en bénéficiant d'une force probante relativement élevée.
- 3.13 Conformément à l'article 1331 du Code civil, les registres et papiers domestiques peuvent être invoqués contre leur auteur³. En effet, ils font foi contre lui «dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu» (art. 1331, 1^o). L'agenda ou le livre de compte d'un créancier non commerçant qui mentionnerait la réception du paiement d'une somme d'argent pourra ainsi être produit contre celui-ci⁴ (on note qu'à la différence de la quittance, il ne doit pas être signé). Encore faudrait-il, toutefois, que le débiteur soit informé de l'existence d'un tel écrit ce qui, en pratique, semble très improbable.
- 3.14 L'article 1332 du Code civil vise quant à lui les hypothèses dans lesquelles l'une des parties appose diverses mentions sur son titre (la mention d'un paiement reçu à telle date, p. ex.)⁵. Même en l'absence de date ou de signature, ce titre fait foi contre le créancier lorsqu'il est resté en sa possession et tend à établir la

1. Cette fonction ne figure pas expressément dans la définition fonctionnelle de l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la LSSI. Ni les travaux préparatoires, ni le texte de cette disposition, ne permettent cependant de considérer que le législateur a souhaité exclure cette fonction. On constate en effet que les travaux préparatoires ne traitent pas de cette fonction (et, *a fortiori*, ne l'écartent pas non plus): voir l'exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003 (lég. 50), n° 2100/001, p. 44. Au contraire, dans la mesure où l'information (ou les signes) doit être accessible pour être consultée ultérieurement, cela suppose nécessairement qu'avec une efficacité minimale, l'intégrité de l'information ait été préservée. A défaut, la fonction de pérennité perdrait tout effet utile. De même, on peut lire dans l'exposé des motifs de la LSSI que l'écrit «doit [...] présenter une stabilité suffisante, le rendant accessible pour une consultation ultérieure» (exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003 (lég. 50), n° 2100/001, p. 44.). A nos yeux, il faut comprendre l'exigence de stabilité comme visant non seulement la pérennité mais également l'intégrité.

2. Voir ég. les travaux préparatoires de la LSSI, qui citent la disquette, le CD-R, le CD-RW, le DVD, la carte à puce ou la fibre optique (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 44).

3. Sur cette disposition, voir N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 301-302, n°s 662-665; D. MOUGE-NOT, *La preuve*, *o.c.*, pp. 261-262, n°s 196-198. En matière de paiement, voir spéc. J.-P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *o.c.*, pp. 160-161.

4. Pour une application, voir Bruxelles, 14 sept. 2000, *A.J.T.*, 2001-02, p. 628. Voir aussi J.P. Grâce-Hollogne, 16 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1341.

5. Sur cette disposition, voir N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 302-303, n°s 666-669; D. MOUGE-NOT, *La preuve*, *o.c.*, pp. 262-263, n°s 199-201. En matière de paiement, voir spéc. J.-P. BUYLE «La preuve et le coût du paiement», *o.c.*, pp. 161-162.

libération du débiteur. La solution est identique lorsque l'écriture figure sur le double du titre ou d'une quittance, entre les mains du débiteur.

- 3.15 En matière commerciale, certains écrits, qui ne répondent pas aux conditions de l'acte sous seing privé ou de l'acte authentique, peuvent servir de preuve et bénéficient d'une force probante particulière. Tel est le cas de la comptabilité commerciale (art. 1329-1330 C. civ. et art. 20-24 C. Comm.)¹. Deux hypothèses doivent être distinguées.

(1) Lorsque la comptabilité commerciale est invoquée *contre celui qui l'a tenue*, l'article 1329 du Code civil dispose que «les livres des marchands font foi contre eux». Ceux-ci sont assimilés à un aveu extrajudiciaire. S'ils constatent un paiement, ces livres peuvent valablement être invoqués par le débiteur pour établir, le cas échéant, l'extinction de ses obligations.

(2) La comptabilité commerciale peut également être invoquée par celui qui l'a tenue (autrement dit, le commerçant peut se forger une preuve à lui-même, ce qui est exceptionnel). On note que le régime diffère selon que la personne contre laquelle la preuve doit être apportée est commerçante (et pour autant que son engagement soit de nature commerciale) ou non. Dans le premier cas, la comptabilité régulièrement tenue a force probante². Par contre, lorsqu'il s'agit de prouver contre un non-commerçant, les livres ne peuvent être invoqués contre lui, à moins qu'il ne s'agisse de fournitures faites à ce dernier et que le serment supplétoire soit déféré (art. 1329 C. civ.)³.

III. LA REMISE DU TITRE⁴

- 3.16 Aux termes de l'article 1282 du Code civil, «la remise volontaire du titre original, sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération». Il s'agit d'une présomption légale irréfragable⁵.

Pour les actes authentiques, l'article 1283 du Code civil établit que la remise volontaire de la grosse du titre fait présumer le paiement. Dans cette dernière hypothèse néanmoins, la preuve contraire est expressément admise (art. 1283 C. civ., *in fine*).

1. Sur ce point, voir not. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 298 et s., n^{os} 648 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve*, *o.c.*, pp. 264 et s., n^{os} 203 et s. En matière de paiement, voir spéc. J.-P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *o.c.*, pp. 159-160.

2. A défaut de régularité, les livres valent comme simples présomptions (N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 299, n^o 654; D. MOUGENOT, *La preuve*, *o.c.*, p. 266, n^o 207; P. WERY, D. GOBERT et L. KERZMANN, «La preuve», *o.c.*, p. 37, n^o 520).

3. Régulièrement tenue, la comptabilité peut constituer un commencement de preuve qui autorise le juge à déférer d'office le serment (art. 1367, al. 1^{er}, 2^e, C. civ.). Voir N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 299-300, n^{os} 655-657; D. MOUGENOT, *La preuve*, *o.c.*, p. 267, n^o 207; Cass., 10 oct. 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 321; Bruxelles, 22 juin 1963, *Pas.*, 1964, II, p. 118; Cass., 30 oct. 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 186.

4. Sur cette hypothèse, voir H. DE PAGE, *o.c.*, pp. 487-489, n^o 484; J.-P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *o.c.*, pp. 166 et s.; R. DEKKERS, *o.c.*, pp. 330-331, n^o 584.

5. En faveur du caractère irréfragable, voir H. DE PAGE, *o.c.*, p. 487, n^o 484; R. DEKKERS, *o.c.*, p. 331, n^o 584. Si J. VAN RYN et J. HEENEN ne contestent pas le caractère irréfragable de la présomption en matière civile, ils estiment néanmoins qu'en matière commerciale, elle est réfragable (*Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, pp. 241-242, n^o 1241).

- 3.17 Si ces dispositions figurent dans une section du Code civil consacrée à la remise de dette, il n'est pas contesté que leur application n'est pas limitée à cette hypothèse particulière.

§ 3. Sanction de l'inobservation des règles de preuve et moyens de défense

- 3.18 Lorsqu'un écrit requis conformément à l'article 1341 du Code civil pour prouver le paiement fait défaut et qu'il ne dispose d'aucun autre écrit bénéficiant d'une valeur probatoire spécifique (les registres et papiers domestiques, p. ex.), le débiteur rencontrera des difficultés pour prouver ses allégations et se libérer. Les témoignages et les présomptions sont en effet irrecevables. Plusieurs moyens de défense lui permettent néanmoins d'échapper à cette sanction. Outre l'aveu ou le serment, il peut en effet invoquer le commencement de preuve par écrit (art. 1347, C. civ.) ou l'impossibilité de prouver par écrit (art. 1348, C. civ.). Globalement, il apparaît d'ailleurs que ces deux derniers moyens de défense – et exceptions au principe de la prééminence de l'écrit – sont interprétés largement par la jurisprudence¹, ce qui dispense fréquemment le débiteur de prouver le paiement au moyen d'une quittance².
- 3.19 Si les conditions établies à l'article 1347 du Code civil sont réunies (écrit, émanant de celui à qui on l'oppose ou de son représentant et qui rend vraisemblable le fait allégué), la preuve par témoins et par présomptions est admise. Elle est du reste requise: le commencement de preuve par écrit est un adminicule de preuve, insuffisant en soi³. Une quittance non signée pourrait ainsi être considérée comme un commencement de preuve par écrit si les conditions précitées sont réunies⁴.
- 3.20 L'article 1348 du Code civil énonce qu'il est fait exception au prescrit de l'article 1341 «toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui».

1. Voir A. PIEDELIEVRE, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, Thèse, Paris, 1959, pp. 75 et s.; R. SAVATIER, «Rapport», *Les progrès de la science et le droit de la preuve*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. VII (1952), Montréal, Eugène Doucet, 1956, p. 609; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 130, n° 260; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *o.c.*, p. 39, n° 59; J. HERBOTS, «La lettre et l'esprit du contrat dans une perspective de droit comparé: ne point prouver contre ou outre l'écrit», *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 385, n° 5. D'ailleurs, des auteurs estiment qu'une telle interprétation de ces dispositions conduit à rapprocher les régimes probatoires du droit civil et du droit commercial (I. MOREAU-MARGRÈVE et P. DELNOY, «L'interprétation par le juge belge des règles écrites de droit civil et commercial», *J.T.*, 1979, p. 23, note 57; J.-F. LECLERQ, «Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé», *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Ed. de l'ULB, 1983, p. 364).

2. J.-P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *o.c.*, pp. 162 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, *o.c.*, p. 835, n° 42.

3. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 173, n° 360; D. MOUGENOT, *La preuve*, *o.c.*, p. 127, n° 61; Cass., 6 nov. 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 298; Mons, 18 déc. 1996, *J.T.*, 1997, p. 370.

4. Voir D. MOUGENOT, «Paiement et commencement de preuve par écrit», note sous Anvers, 20 nov. 2006, *R.D.J.P.*, 2007, p. 289. Voir aussi la décision de Civ. Hasselt, 7 oct. 1999, *R.W.*, 2002-2003, p. 548, dans laquelle ce moyen de défense est invoqué.

Quatre hypothèses sont ensuite envisagées (art. 1348, al. 2, C. civ.). Il faut toutefois noter que l'énumération n'est pas limitative¹ : à l'analyse, il apparaît d'ailleurs que la jurisprudence lui a donné une extension considérable, en consacrant notamment l'impossibilité morale. Outre la perte du titre, par cas fortuit ou force majeure, les présomptions et les témoignages peuvent être admis pour prouver le paiement en cas d'impossibilité matérielle, morale ou résultant des usages².

S'agissant spécifiquement de l'impossibilité morale, on admet qu'elle peut être invoquée lorsqu'un obstacle d'ordre psychologique s'oppose à la rédaction d'un écrit³ ou «chaque fois que l'exigence d'un écrit apparaît comme une atteinte à la confiance réciproque⁴». Des relations de parenté, d'amitié, ou simplement de travail ont ainsi pu justifier la recevabilité des témoignages et des présomptions.

Dans un secteur professionnel donné ou dans les relations entre parties, un *usage* certain, constant et unanimement suivi autorise de déroger au principe de la prééminence de l'écrit. Tel est ainsi le cas dans les relations entre un avocat et son client ou entre un médecin et son patient.

1. Ph. MALINVAUD, «L'impossibilité de la preuve écrite», *J.C.P.*, 1972, I (n° 2468), n° 7; J.-F. LECLERCQ, *o.c.*, p. 350; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 176, n° 364; D. MOUGENOT, *La preuve, o.c.*, p. 132, n° 70; ID, «La preuve: évolution et révolution», P. WERY (sous la dir. de), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 156, n° 54; Cass., 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 833.
2. Pour des illustrations, voir les réf. citées J.-P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *o.c.*, pp. 162 et s.
3. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 931, n° 904; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 178, n° 366; D. MOUGENOT, *La preuve, o.c.*, p. 133, n° 71.
4. Ph. MALINVAUD, «L'impossibilité de la preuve écrite», *J.C.P.*, 1972, I (n° 2468), n° 18. Cet auteur ajoute d'ailleurs qu'«alors que la loi avait imposé la preuve écrite dans un souci de sécurité, voilà que la jurisprudence la considère comme une insulte à la parole donnée. Il est, dit-on, des circonstances où se ménager une preuve écrite serait offenser son cocontractant».